

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 03283-2024-00101



**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE
DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y
POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y
LAS LEYES DE LA REPUBLICA:**

**JUEZ PROVINCIAL PONENTE: DR. ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE,
JUEZ AUTOR/A: ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE**

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR. Azogues,
jueves 11 de abril del 2024, a las 14h49.

IDENTIFICACION DEL PROCESO: ACCION DE PROTECCION No. 03283-2024-00101: LA SENTENCIA IMPUGNADA: La señora Jueza Dra. Esthela Sarmiento Vázquez, de la Unidad Judicial Especializada de Garantías penales de Azogues, quien en forma legal y acorde a la normativa respectiva asume su calidad de Jueza Constitucional, en la presente causa, luego del análisis constante en su resolución, concluye que se ha determinado la violación a los derechos constitucionales invocados y resuelve declarar con lugar la presente ACCION CONSTITUCIONAL DE PROTECCION, propuesta por CLAUDIA ESTHELA ORELLANA FERNANDEZ, en contra de los Doctores Javier Serrano Cayancela, y Milton Verdugo Calle, Alcalde y Procurador Sindico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues en forma legal y oportuna los legitimados pacivos, interpone el recurso de apelación. Radicada la competencia en este Tribunal, y habiendo concluido la sustanciación de la instancia se considera:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer y resolver la presente acción constitucional de Garantías Jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto en el Art. 86.3 inciso segundo de la Constitución de la Republica, en concordancia con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, habiéndose observado todas las solemnidades sustanciales, por lo que la validez es axiomática y así se ratifica; y el Tribunal se encuentra integrado por los señores doctores: Oscar Medardo Guillen, Nelson Peñafiel Contreras y Víctor Zamora Astudillo, en calidad de ponente y sustanciador.

SEGUNDO. CLAUDIA ESTHELA ORELLANA FERNANDEZ, luego de consignar sus generales de Ley, en el memorial de su acción de protección, expone: Que, de conformidad a lo que establece el artículo 86 y 88 de la Constitución en concordancia con el artículo 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hemos

presentado ante usted esta Acción de Protección, que el GAD Municipal de Azogues ha violentado Derechos de rangos constitucional como lo es el Derecho al Trabajo, la Seguridad Jurídica en el arista del buen vivir, en este sentido procederemos a individualizar la conducta atentatoria y violatoria de Derechos Constitucionales a los que nos hemos referido con los siguientes antecedentes fácticos: CLAUDIA ESTELA ORELLANA FERNANDEZ desde el 01 de enero del año 2021 mediante Acción de Personal N° 115 de conformidad a lo establecido en el literal b.b3 de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento se procede a designarle como enfermera mediante nombramiento provisional, puesto vacante en el CETAD ACCION SOCIAL MUNICIPAL DE AZOGUES GAD MUNICIPAL hasta la designación del ganador del concurso de proceso de méritos y oposición que se dicte para el efecto, así lo establece la normativa que me he permitido citar; sin embargo a través del Informe Técnico N° DTH-2023-336 elaborado por la psicóloga GISSELA FEIJÓ Directora de Talento Humano del Municipio de Azogues se dice textualmente lo siguiente: “Razón por la cual se puede inferir que dicho acto administrativo no cuenta con su sustento legal, por lo cual a criterio de esta Dirección se debería cesar el Nombramiento Provisional que ocupa CLAUDIA ESTELA ORELLANA FERNANDEZ y de esta manera subsanar los errores que se cometieron en su debido momento y dicha partida que quedará vacante cumplir con todos los requisitos para su legalización, considerando además que como queda referido la remoción no constituye sanción por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto, sin que el caso que no se ocupe de manera particular sea este”; con este informe y a través de Acción de Personal 875 de fecha 29 de diciembre del 2023 el Doctor Javier Serrano Cayancela, Alcalde de Azogues da por terminado el Nombramiento Provisional otorgado a la funcionaria CLAUDIA ESTELA ORELLANA FERNANDEZ, reitero con base al informe de Talento Humano 336-2023; a través de la Acción de Personal 875 y del referido informe 376 arbitraria y sin fundamento se transgrede, por lo tanto se ha violentado sus derechos constitucionales al trabajo. El Art. 17 del Reglamento en la clasificación que se realiza para las clases de nombramientos en su literal b.b3, pero también conforme lo establece el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, hago esta puntualización respecto a este Artículo de la Constitución, porque aquí no genera distinción alguna respecto a un servidor público, porque esto trátase de una norma abstracta, pero claro tenemos la LOSEP y su Reglamento en donde se desarrolla como debe aplicarse la clasificación o a quienes se entiende servidores públicos en sus diferentes categorías y me he referido ya a lo que establece a los nombramientos provisionales; el informe técnico de Talento Humano violenta el Artículo 82 de la seguridad jurídica; el Artículo 105 del reglamento a la LOSEP, establece la cesación de funciones por remoción, en los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el Artículo 47 letra E de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente: 1 Cesación de funciones por remoción de funcionarios según lo dispuesto en la letra B del Artículo 17 de la LOSEP. En caso de los Nombramientos Provisionales determinados en la letra B del Artículo 17 de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones, impositivo, una vez que concluye el periodo de temporalidad para los cuales fueron nombrados, eso dice la Ley. Con los antecedentes expuestos, demanda acción constitucional de protección en contra de

2 d-1.



GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO del cantón Azogues, representado por el señor Alcalde doctor JAVIER SERRANO CAYAMCELA y el Procurador Síndico Dr. Milton Verdugo Calle, para que en sentencia se declare la vulneración de los derechos, como medida de restitución se disponga y ordene lo siguiente: Se deje sin efecto el acto administrativo constante en la acción de personal N° 875 de fecha 29 de diciembre del 2023 y se reintegre de manera inmediata al cargo que venía desempeñando constante en el Nombramiento Provisional a CLAUDIA ESTHELA ORELLANA FERNANDEZ con los mismos derechos, remuneración, horario de trabajo; como garantía de no repetición se le prohíba a la entidad municipal realizar cualquier actividad, acción u omisión expresa o tácita que vuelva generarle vulneración de derechos constitucionales, además de aquello por así disponerlo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador como medida de satisfacción material al verificarse la vulneración de Derechos Constitucionales se disponga la cancelación de las remuneraciones que se haya dejado de percibir desde la fecha de su desvinculación esto es desde el 29 de diciembre del 2023 hasta su efectivo reintegro, además del reconocimiento de los derechos que le corresponden como afiliada al INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL. El abogado Andrés Torres en representación del señor Alcalde doctor JAVIER SERRANO CAYAMCELA y el Procurador Síndico Dr. Milton Verdugo Calle, representantes legales del GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO del cantón Azogues, en oposición a las pretensiones de la accionante dice: Que, diré que existe un error severo en la argumentación de la parte actora, porque claro, la parte actora ha usado tres sentencias para construir su argumento, la primera la sentencia del 2022, la 03102-2022- 00031, esa nos ha dicho, ya que La Corte Provincial ha sido fundamentalmente clara en algo que se debe respetar la temporalidad y constante en la acción de personal para el Nombramiento Provisional, ese ha sido su primer argumento, su premisa básica y yo debo decir que efectivamente esa sentencia existe, pero claro esa sentencia no se trata del Municipio, se trata de una Empresa Pública de EMAPAL y claro, si usted revisase las acciones de personal que se libra de EMAPAL y las que se libran del Municipio de Azogues hay una diferencia bastante clara con respecto a esta premisa, porque usted recordará, veía con atención a la parte actora que dio lectura a la Acción de Personal y al dar lectura dijo que la Acción de Personal ha fijado una temporalidad en donde se decía que se le mantendrá en el puesto de trabajo hasta declaratoria de ganador de concurso, y bueno yo le invito a revisar la Foja 3 del expediente para darse cuenta de que esa leyenda no existe, es decir a diferencia de lo que sucede con la sentencia del 2022 de EMAPAL en donde La Corte determina que por haber fijado la temporalidad en la propia acción de Personal, es decir la Leyenda expresa de que se le mantendrá allí hasta que se declare el ganador, esa temporalidad fijada se debía respetar, pero claro La Corte Provincial dice otra cosa, primero esa sentencia es concretamente de mayo del 2022, Yo tengo una sentencia de agosto del 2023 de la Corte Provincial que si discute un caso del Municipio de Azogues, en donde claro la Acción de Personal es idéntica a aquella y La Corte provincial dice dos cosas, la primera o mejor dicho La Corte Provincial divide el argumento en dos temas y aquí yo creo que existe un error de apreciación de parte del sujeto activo, porque claro, él nos ha dicho un Nombramiento Provisional que está viciado o mejor

dicho un Nombramiento Provisional solo puede terminarse si está viciado, ya que usted ve aquel siguiendo otra vía u el órgano regular; La Corte Provincial determina desde el año 2019 que no es cierto que el Nombramiento Provisional solo puede terminarse en caso de ser viciado, La Corte dice incluso un nombramiento dado de forma regular que no es el caso, puede darse por terminado por la condición de provisional de su nombramiento, la misma Corte nos dice que el Artículo 83 literal H de la LOSEP y el Artículo 85 determinan la terminación libre de estos Nombramientos Provisionales , pero Yo creo que un detalle si es importante Señora Jueza este debate en lo absoluto es nuevo, en el año 2019 la anterior administración concretamente STALIN LARREA LEON y ROMEL SARMIENTO CASTRO, llevaron a cabo este tema de este debate y al llevar a cabo este debate se ventiló la administración de justicia y eso generó una sentencia de unificación de criterio por parte de La Corte Provincial, unificación de criterio que no ha sido reveído aun, esa sentencia de unificación de criterio la encuentra en el proceso 03203201900566 ¿Por qué es una sentencia especial? Porque usted Señora Jueza como Juez obviamente como autoridad administradora de justicia recibe sentencias de La Corte Provincial de Justicia todo el tiempo como cualquier Juez confirmando o revocando sentencias, pero lo importante es que si usted puede revisar el material constitucional, no existe otra sentencia de unificación de criterio ¿Por qué llamarla unificación de criterio? Porque la parte resolutive de esa sentencia detalla un antecedente que se sentó todo el pleno de La Corte Provincial y concretamente dice se unificó criterio respecto a que la terminación unilateral de los Nombramientos Provisionales no genera vulneración de Derechos y lógicamente ese criterio se ha mantenido en el año 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023, entonces Señora Jueza aunque ni la sentencia de EMAPAL está tomada en cuenta por la parte actora ni la sentencia de unificación de criterio en realidad son vinculantes para su autoridad porque esa es la verdad de las cosas, sin embargo esta sentencia tiene algo que se llama Propiedades Comunes Relevantes que esto en materia constitucional es importante y se encuentra desarrollado en la sentencia 1095-21-EP/22 que nos dice que cuando nosotros vamos a ser técnicos como abogados al momento de litigar no cualquier sentencia es aplicable, para yo poder decir que una sentencia es aplicable a un caso tengo que citar o identificar las propiedades Comunes Relevantes y aquí me voy con la segunda premisa, cuando ha tratado leer el Artículo 14 y 22 del COA la parte actora lo que ha hecho Señora Jueza es leer una sentencia del Doctor ANTONIO CARABAJAL, de primera instancia que está sujeto apelación y no es cosa juzgada y en esa sentencia lo que ha hecho es leer los antecedentes en donde el mismo Doctor dice a la defensa y claro aquí si es importante porque estas dos cosas si son vinculantes, las sentencias 3-19-JP/20 en los párrafos 178 y 179 contrario a lo que sostiene subjetivamente la parte actora, no contiene una ratio decidendi, contiene lo que se conoce como obiter dicta y es importante y usted como juzgadora conoce muy bien la diferenciación entre que es la obiter dicta y la ratio decidendi, preguntémonos entonces Yo me dedico hacer Derecho Constitucional solamente todos estos días y he leído estas sentencias en forma digamos frecuente y si Yo le podría decir con absoluta claridad que desarrolla jurisprudencialmente esa sentencia: Los Derechos de una mujer embarazada frente a contratos ocasionales, esa es la ratio decidendi, claro citar como vinculante los párrafos 178 y 179 que constan en los antecedentes de esa sentencia, seria confundir severamente dos figuras

3 tr.

constitucionales que son importantes una la ratio decidendi y la otra la obiter dicta, por lo tanto cuando RAMIRO AVILA al momento de redactar los antecedentes determina que los Nombramientos Provisionales se terminarán una vez que se declare ganador del concurso lo que hace porque hay un pie de página ahí es citar el Artículo 18 literal C del reglamento a la LOSEP, es decir no es un razonamiento del pleno de la Corte Constitucional y esto tiene que ver también con la sentencia que nos ha citado la 030-18-SEP-CC porque claro al citarnos esta sentencia nos hablaba de que al funcionario del Municipio de ese caso le dio un nombramiento, pero no lee la palabra seguida (definitivo) ese caso se trata de un Nombramiento Definitivo y La Corte Constitucional dice dos cosas: Cuando alguien haya ingresado a la carrera de Servicio Público, es decir mantenga un Nombramiento Definitivo no es posible terminar la relación laboral ni aun por una restructuración de puestos y La Corte dice cualquier terminación de parte de la administración de ese vínculo laboral debe hacerse por acción de lesividad ¿Por Qué? Porque la Corte determina que un Nombramiento Definitivo implica un ingreso a la carrera de Servicio Público y por lo tanto le dan una connotación distinta y eso me permite a mí diferir del argumento que nos ha dado como tercera premisa, que no existe diferencia constitucional entre los Servidores Públicos, que lo mismo da un Nombramiento Definitivo que un Contrato Ocasional y un Provisional y Yo me permito diferir de aquello porque en el desarrollo de la norma porque obviamente la constitución todos sabes es una norma abstracta, en el desarrollo de la norma que valga la redundancia desarrollo de contenido de la constitución claramente existen diferencias entre los servidores de carrera y quienes no lo son, por ejemplo los Contratos Ocasionales que no son servidores de carrera pueden terminarse unilateralmente ¿Por qué? Porque así lo contempla la LOSEP y su reglamento. ¿El Nombramiento Provisional puede terminarse unilateralmente? Sí. ¿Por qué? Porque así lo contempla la LOSEP también, en el caso de los Nombramientos Definitivos no existe la posibilidad de la terminación unilateral por solamente citar otra diferencia que no tiene que ver mucho con el caso, pero es simplemente para dibujar que existen diferencias entre servidores cuando un funcionario público quiere jubilarse Señora Jueza el emolumento propio de la jubilación de la entidad empleadora solamente está para los servidores de carrera, no así para quienes no contemplan el servicio de carrera, entonces claro existen diferencias entre servidores de carrera y quienes no ¿Por qué? Porque eso lo manda la misma Ley, sin embargo Señora Jueza Yo en el Derecho creo que es bastante importante escuchar lo que se dice, pero también reflexionar sobre lo que no se dice, claro hay un hecho que no se ha podido controvertir es decir es un hecho aceptado mutuamente. Señora Jueza y el hecho aceptado de forma mutua, es que el Nombramiento Provisional que se le otorgo no contó con una convocatoria respectiva, eso es un hecho que ha sido aceptado porque no ha sido contravenido ni ha sido contra argumentado, es más existe aquí Señora Jueza el oficio del propio Ministerio de Trabajo el que certifica que en el periodo 2019 y 2023 cuales fueron los únicos Nombramientos Provisionales que contaron con la convocatoria y este oficio detalla un cuadro en el que no está la accionante. Efectivamente la entidad demandada como le corresponde la carga de la prueba ha demostrado cuales son únicamente sus nombramientos que contaban con la convocatoria, los demás no y al ser ese un hecho aceptado no puede ser considerado como un hecho controvertido, de igual manera pues Señora Jueza de la sentencia de EMAPAL que

ha hecho referencia el Doctor, por eso me permito hacer alusión, La Corte sanciona el hecho que no puede a través de un informe general terminarse más de un nombramiento, La Corte lo que exige es que el nombramiento, el informe técnico, lo que termine el nombramiento tiene que ser específico para cada funcionario, hemos demostrado aquí también con el informe técnico que ya consta dentro del expediente igual que efectivamente el informe técnico es específico para este funcionario no es un informe general y se basa lógicamente en las normas de la LOSEP y su reglamento, también en este orden de ideas Señora Jueza lo que yo quiero dejar en claro es que no existe jurisprudencia vinculante de La Corte Constitucional que impida la terminación unilateral de Nombramientos Provisionales, porque ninguna de las sentencias cumplen con las Propiedades Comunes Relevantes para ser aplicables al caso, así mismo lo que Yo quiero dejar sentado Señora Jueza es que al ser un hecho no controvertido que el Nombramiento Provisional se otorgó sin la convocatoria, he de solicitar Yo Señora Jueza que en cumplimiento del Artículo 20 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en concordancia con el Artículo 67 del mismo cuerpo normativo determina lo siguiente, que cuando existen demandas contra el Estado en materia constitucional si el juzgador identifica cual fue el funcionario negligente, en este caso a quien emite el Nombramiento Provisional Viciado y sin convocatoria que es un hecho no controvertido, dice eso dice el Artículo 20 se pasa al Artículo 67 y determina que la entidad demandada para poder correr con los gastos por ejemplo del reintegro y la indemnización que ha solicitado tiene todo el Derecho a repetir ese pago contra los funcionarios que crearon ese Nombramiento Provisional Viciado, pero que ese Derecho o repetición solamente puede ejercerse Señora Jueza cuando la autoridad haya sentenciado con nombres y apellidos quienes fueran los funcionarios que determinaron o que crearon este Nombramiento Viciado, entonces claro, a nuestro criterio Señora Jueza respetando el suyo como más, no existe vulneración de Derechos por que la Ley de servicio Público faculta la terminación libre de los nombramientos Provisionales, no existe vulneración a Derechos también porque se ha demostrado y es un hecho no controvertido que los nombramientos, este nombramiento fue dado sin el debido sustento como debería ser, es más si revisamos la norma técnica Señora Jueza que consta dentro del informe del año 2019 aplicable a este caso porque en el año 2021 en septiembre cambia esa norma técnica, nos dice cuales deberían ser los pasos a seguir ¿Y qué pasa si estaban obligados a seguir esa anterior administración, al momento de emitir ese Nombramiento Provisional? La norma técnica dice primero debería haberse cargado la información a la plataforma del Ministerio, segundo debería haberse contado con una convocatoria, el Artículo 16 de ese acuerdo define que es una convocatoria y dice que es una difusión pública del concurso que se va a llevar a cabo y dice La Corte y dice el acuerdo solamente allí cumplir estos pasos era posible otorgar un nombramiento, entonces claro en este punto debemos preguntarnos ¿La anterior administración hizo eso? ¿Previo a otorgar el nombramiento siguió esos pasos? o ¿fue negligente al otorgar un nombramiento viciado? Sobre todo, cuando esos mismos nombramientos viciados se dieron por terminados y sabían que el criterio de la administración de justicia es que en La Corte Provincial al menos de aquellos que no tienen valor, entonces claro si Yo sé eso ¿Cómo otorgo nuevamente un Nombramiento Viciado? Porque sería beneficiario de mi propio error, en este orden de ideas pues Señora Jueza a nuestro criterio no

21 cat 1.

existe vulneración de Derechos y hemos de solicitar que se declare sin lugar la demanda, pero en el caso eventual que se declarase con lugar nuestra petición firme pero respetuosa de que se aplique el Artículo 20 y el Artículo 67 y para probar aquello Señora Jueza las aseveraciones que he dicho, pues bueno aquí está la sentencia de La Corte Provincial de agosto de 2023 es la acción de personal que termina el vínculo laboral junto con el informe técnico y este es el oficio del Ministerio de Trabajo que determina cuales son los proyectos competentes a concurso y con la prueba aportada por la misma parte actora, determina quienes otorgan un Nombramiento Viciado fueron STALIN LARREA LEON y ROMEL SARMIENTO CASTRO. La señora Jueza A quo, luego de la audiencia y conforme consta de la motivación correspondiente, ha declarado con lugar la acción, de la cual se ha interpuesto el recurso que es materia de esta resolución.

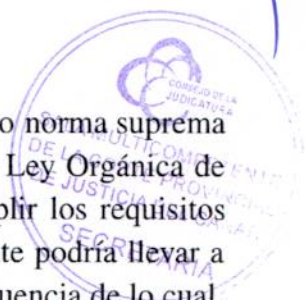
TERCERO.- Los presupuestos fácticos de la actora CLAUDIA ESTHELA ORELLANA FERNANDEZ, se sustentan en los siguientes instrumentos: a).- La acción de personal No. 875, de 29 de diciembre del 2023, con la que se le notifica la terminación del nombramiento provisional y por ende el cese de funciones, en el GAD Municipal de Azogues; y, b).- La acción de personal No. 115, de fecha 04 DE ENERO DE 2023, esto es el nombramiento provisional, con el cual se designa a la actora ORELLANA FERNANDEZ el mismo que empieza a regir a partir del 16 de enero del 2017, para que cumpla las funciones de ENFERMERA DEL CETAD MUNICIPAL, con la partida presupuestaria 7.1.2.2.1.01.05, con sustento al artículo 17 de la LOSEP, literal B.B.3.

CUARTO.- Que el artículo 86 De la Constitución de la República establece que: "Las garantías jurisdiccionales se regirán en general por las siguientes disposiciones: 1.- Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la constitución. 2.- Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables la siguientes normas de procedimiento: a).- El procedimiento será sencillo rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b).- Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin solemnidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será necesario el patrocinio de un abogado para presentar la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios al alcance del Juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar, su ágil despacho. 3.- Presentada la acción, la jueza o juez convocara inmediatamente a una audiencia pública y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse". Por su parte la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: Art. 6: "Las garantías

jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo”.

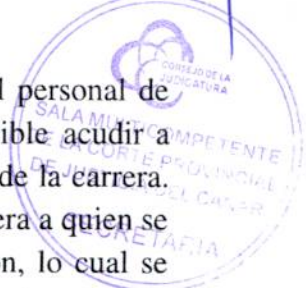
QUINTO.- Es evidente que de conformidad con lo que dispone el Art. 229 de la Constitución Política del Estado el ingreso dentro del servicio público debe hacerse mediante concurso de merecimientos y oposición, situación que no se ha cumplido en el presente caso, en virtud de que de la documentación que antecede, se evidencia que las acciones de personal que se han otorgado a la CLAUDIA ESTHELA ORELLANA FERNANDEZ, esto es el nombramiento provisional, con el cual se designa a la actora, el mismo que empieza a regir a partir del 16 de enero del 2017, para que cumpla las funciones de ENFERMERA DEL CETAD MUNICIPAL, con la partida presupuestaria 7.1.2.2.1.01.05, con sustento al artículo 17 de la LOSEP, literal B.B.3; designación que la tenemos que entender que no fue previo a un concurso de méritos y oposición, sino por el contrario en base de un requerimiento institucional, que no es materia de discusión, pero no se ha determinado que para dicho cargo exista la convocatoria a un concurso, para llenar vacantes en las funciones que venía desempeñando la accionante como Enfermera, pues no se expresa en forma taxativa, que ocupa una vacante momentánea de un funcionario que se encuentra en comisión de servicios en otra institución, situación que de la prueba aportada por la Municipalidad, es carente de veracidad, pues no ha existido funcionario de aquel cargo, que se encuentre en comisión de servicios, para que supuestamente se ocupe esa función hasta la llegada del titular; habiéndose incumplido con lo estatuido en el Art. 327 ibídem, que en efecto dice, que la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras serán bilaterales y directas; agregando luego en el inciso segundo: “Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y las tercerizaciones en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleador, la contratación laboral por horas o cualquier otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras, en forma individual o colectiva...”. La Constitución manda que para el ingreso al servicio público, ascenso o promoción es necesario un concurso de merecimiento y oposición previo, requisito establecido en el artículo 228 como se señala a continuación: "El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora". Es así que previo a otorgar un nombramiento para el ingreso de una persona al servicio público, esta debe someterse a un concurso de merecimiento y oposición; que no ocurre en la especie, generando un principio de estabilidad en la institución; pues lo contrario sería atentar en contra del derecho a la igualdad material y formal, consagrado en el artículo 66 numeral 4, para el resto de ciudadanos que decidieren participar en el concurso público que debe imperiosamente convocarse, así como el precepto contenido en el artículo 228 de la Constitución de la República. En el presente caso se debe tener la certeza de que a

5 encl.



más de las disposiciones Constitucionales antes invocadas, que regulan como norma suprema el ingreso al servicio público; es de obligatorio cumplimiento el sujetarse a Ley Orgánica de Servicio Público y el respectivo Reglamento; pues la designación sin cumplir los requisitos legales, sin que exista el concurso correspondiente; de ser el caso, igualmente podría llevar a declarar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, como consecuencia de lo cual, desaparecidos los derechos subjetivos del funcionario, éste dejaría automáticamente de pertenecer al Servicio público. En ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública en el régimen de derecho y más aún en un Estado Social de Derechos y Justicia como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución. El Art. 5 de la Ley de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece cuales son los requisitos para ingresar al servicio público, y en los literales h y j prescribe: "h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; e, i) Los demás requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley. Exceptúan los casos específicos y particulares que determina la Ley. Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación". Que en la administración pública existen los "empleos" de carrera, período y libre nombramiento y remoción; a su vez, la legislación contempla diferentes clases de nombramientos respecto de ellos. Que para "acceder" a los empleos de carrera, según la Constitución y la Ley, se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección (concurso de méritos, conformación del registro seccional de elegibles, remisión de la lista de elegibles y nombramiento), y haber aprobado las evaluaciones previstas por la Ley. Que para los empleos del servicio público la Ley Orgánica de la materia, contempla los nombramientos permanentes, en provisionalidad o en encargo; a prueba, de libre nombramiento y remoción; y a periodo fijo (Art. 17), de la siguiente manera: a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley; b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar: b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto; b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia; b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión; b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y, b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba

respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior; c) De libre nombramiento y remoción; y, d) De período fijo. Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos. El nombramiento en propiedad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la Carrera) y la persona haya superado las etapas del proceso de selección; también se aplica en caso de traslado. El nombramiento en forma provisional se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la Carrera) hasta cuando se pueda hacer la designación por el sistema de concurso (lo que hace relación a la facultad nominadora y no al derecho de permanencia del nombrado en esta condición). Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera, como también a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera. Al servidor público nombrado de manera provisional, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo. Se resalta que cuando el Art. 17 de la Ley Orgánica de Servicio Público, regla el nombramiento en provisional, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, y no significa que una vez hecha esta clase de nombramiento el designado obtenga estabilidad en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de Carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo. En estas condiciones, se considera que para los empleos públicos no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado bajo la figura del nombramiento provisionalidad. Además, el nombrado bajo esta figura en un empleo de Carrera, lo es en forma "discrecional" por el nominador, por cuanto no requiere de procedimiento ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir tal procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente. De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la Ley Orgánica de Servicio Público, mientras se designa el empleado de carrera mediante concurso, el cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, circunstancia que no implica que quien en esta forma ocupe



el empleo, quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso ni la Constitución ni la Ley, no siendo posible acudir a normas extrañas a la situación planteada para llegar a conclusiones en materia de la carrera. Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el status de empleado de Carrera a quien se halla nombrado en forma provisional, sin las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la Carrera, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso. De conformidad con lo anterior, esta Sección, en cuanto al punto del nombramiento en forma provisional, unificó su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado de manera provisional no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna. Lo precedentemente invocado guarda relación directa con lo que establece el Art. 83, cuando excluye a los funcionarios de nombramiento provisional de la carrera en el servicio público. Según las constancias fácticas incorporadas por la accionante, así como las expedidas por el Jefe de Talento Humano de la Municipalidad, la actora ha laborado para la Municipalidad bajo la modalidad de nombramiento provisional, desde el 1 de enero del 2023; no se encuentra demostrado que la actora hubiese estado amparados por el fuero de la carrera del servicio público, por lo que ha de concluirse que ésta era funcionaria sometida al régimen de libre nombramiento y remoción; razón por la que su nombramiento podía ser declarados insubsistentes en cualquier momento, sin necesidad de motivar la acción de personal. Como la demandante, según se anotó, se hallaba nombrada en forma provisional, no gozan de los derechos del personal escalafonado que ha ingresado al servicio de la carrera pública, mediante concurso de méritos ni puede someterse su remoción a las causales legales establecidas para este personal, como tampoco a las formas, requisitos y recursos que para ellos consagra el ordenamiento jurídico. Y no es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de FALSA MOTIVACIÓN y DESVIACIÓN DE PODER, ni que esté incurso en las causales de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de carrera. Ahora, el juez en ejercicio del control de legalidad de un acto administrativo, al hacer las confrontaciones del caso so pretexto de interpretar la normatividad, no puede extender al personal no escalafonado los derechos, requisitos y procedimientos que la ley ha consagrado para los servidores públicos de carrera; y si lo hace, invade la competencia del Legislador, que tiene la facultad configuradora en esta materia. La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. En resumen, como puede observarse, las pruebas arrojadas al proceso no constituyen elemento probatorio alguno que acredite sobre la intención del nominador en orden a expresar un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, de la que se pueda colegir irregularidad en la expedición

del acto que se demanda, que sería el fundamento de la desviación de poder que se le endilga al acto de remoción de los demandantes, mediante las respectivas acciones de personal. Obrar en la forma como lo hizo el nominador en este caso el Gobierno Autónomo Descentralizado de esta ciudad, no conlleva el quebrantamiento de preceptos constitucionales o de normas de superior jerarquía, ni al desconocimiento de principios fundamentales, con lo que se pueda afirmar que el acto impugnado se hubiese expedido con falsa motivación y desviación de poder en la forma como la actora lo pretende. Al no aparecer prueba que acredite los cargos endilgados contra los actos demandados, y al no encontrarse la actora favorecida por los beneficios de la carrera en el servicio público, no es posible admitir en el caso sub-exámene, que los actos censurados hayan quebrantado los principios constitucionales y las normas que de superior jerarquía se invocaron como tales en la demanda, o que la decisión del nominador haya obedecido a un fin diferente al del buen servicio público, por lo que la determinación de la insubsistencia no conlleva desbordamiento de poder en este caso.

SEXTO.- Por bien sabido se tiene la acción de tutela, se instituyó exclusivamente para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de toda persona cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares y no disponga el afectado de otro medio expedito de defensa judicial, acción que es eminentemente subsidiaria y sólo es viable si no existe para el ciudadano otro mecanismo expedito para solucionar la vulneración de sus derechos, o si, teniéndolo, persigue evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C). Toda actuación o decisión judicial, también es suficientemente sabido, goza de presunción de legalidad y acierto, razón por la cual tales providencias no son cuestionables por la vía de la acción de tutela, excepto cuando se haya incurrido, por lo menos, en uno de los llamados por la Corte Constitucional "*criterios de procedibilidad*". Es por ello que para que proceda la acción de garantías constitucionales en el ámbito de las decisiones de las autoridades públicas o de administrativas, ha de evidenciarse que ellas se profieren con error evidente o falta grosera sin que el afectado disponga de otro medio de defensa expedito para alcanzar el desagravio, o que la protección sirva de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter iusfundamental. No, en cambio, se abre camino cuando la acción se sustenta en el descuido del accionante en el desarrollo del proceso, el desconocimiento de la ley, en la preeminencia de sus criterios con desprecio de los de la contraparte o de los juzgadores, o proponerse la acción para dilatar u obstruir la actuación o el cumplimiento de una decisión, o con el velado propósito de obtener recomendación o consejo del juez de la tutela a fin de utilizarlo como fundamento de peticiones futuras en la actuación judicial denunciada como viciosa, o para que se le reconozca o declare el derecho litigado, pues la acción de tutela no tiene por finalidad revivir términos para interponer recursos que en su oportunidad, por negligencia o deliberadamente, no se interpusieron y tampoco la de modificar la competencia de los jueces o de autoridades públicas o administrativas, o desplazarlos del conocimiento de sus asuntos, y mucho menos es una instancia para controvertir las decisiones que toman los jueces en el desarrollo de los procesos que tramitan de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley y en la Constitución. En todo caso, para que el vicio constituya alguno de los criterios de procedibilidad debe ser ostensible, esto es,

75061

que pueda constatarse a simple vista. En consecuencia de aquello, la posición que se había fundamentado este en el carácter excepcional, subsidiario y residual de ese mecanismo de amparo constitucional, según la lectura que ya se había hecho del artículo 88 de la Carta Política, pues de no ser así; se desnaturalizaría la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones, como la que en la especie nos ocupa, que es la impugnación, a la acción de personal, que dejan sin efecto el nombramiento provisional de la accionante.

SEPTIMO.- De dar paso a esta acción, *se desnaturalizaría la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones.* Por lo tanto, la Jueza A quo, en la especie, no ha determinado que no se han presentado una o más de las situaciones excepcionales que permitían el amparo de los derechos reclamados a través de la tutela, partiendo de la base, conforme con los precedentes vigentes en esa materia, el juez ha realizado una actividad valorativa de las especiales circunstancias que rodeaban a la accionante, en particular que este no era el único mecanismo con el que se podía corregir el hecho denunciado, de tal forma que pudiera determinar si estaba en presencia de una amenaza o vulneración efectiva del derecho a la defensa, que hacía necesario otorgar la protección judicial solicitada, aspecto sobre el cual, en concreto se argumenta en la decisión impugnada. El cuestionamiento va más allá, pues radica en la inobservancia objetiva de los presupuestos generales de procedibilidad de la acción constitucional de protección en el caso sometido a discusión del Juez, que ha examinado correctamente las posiciones jurídicas debatidas. *Otro aspecto que se debe tener en cuenta es el referido a las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.* **OCTAVO.-** la Sala se ve obligada a hacer otras puntualizaciones, así, la Corte Constitucional ha manifestado en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, (pág. 119) "...De este modo, la Corte Constitucional, con su jurisprudencia, les ha impuesto un importante mandato a los jueces, pues ha determinado que a la hora de conocer una demanda de acción de protección, lo primero que deberán verificar es que efectivamente se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad que no afecte a un derecho constitucional..."; en este mismo Manual hacen referencia a la sentencia No. 140-12-SEP CC, de 17 de abril de 2012 dentro del caso No. 1739-10-EP, que transcribimos: "...la acción de protección no puede invalidar las atribuciones que atañen al control de la legalidad, ni extenderlo para actos u omisiones que incumplen las disposiciones legales o contractuales de

cualquier índole, pues para tales casos, el ordenamiento jurídico provee la acción pertinente ante la autoridad competente...” (Pág. 123); y, por último en la sentencia 007-10-sep-CC. Caso 0132-EP- de 11 de marzo de 2010, se dice: “...En este sentido, el objeto de la acción de protección es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto u omisión del poder público o de los particulares afecta o no a los derechos fundamentales de la persona y constitucionales de la naturaleza, mientras que los restantes aspectos de la actividad en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario (...) Así entendido, el requisito establecido por el Numeral 4 (del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) no solo sería constitucionalmente legítimo, sino que además constituiría un elemento esencial para evitar el abuso frente a la acción de protección...” (pág. 96). Finalmente Este Tribunal, recuerda y enfatiza que la actora, ha trabajado bajo la modalidad de nombramiento provisional, situación que en forma extensa ha sido probada a lo largo de esta acción, como obligatoriamente le correspondía a los demandados señores Alcalde y Procurador Síndico de la Municipalidad de esta ciudad; sin que esta situación de manera alguna haya sido enervada por la parte actora, quienes fueron legalmente notificados con la insubsistencia de sus nombramientos, sin que de ninguna manera se haya violentado la tutela efectiva e imparcial de sus derechos; el debido proceso y la seguridad jurídica, previstos en los artículos 75, 76 y 82, de la Constitución, en su orden. Ratificando lo que sostiene el Tribunal en este fallo, el máximo Organismo de Justicia Constitucional en nuestro País, en la sentencia 2006-18-EP/24, CASO 2006-18-EP, en forma expresa dice: “42.- Con este antecedente, esta Corte identifica una nueva excepción a partir del presente caso: cuando se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, como por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, finalización de nombramientos provisionales, homologación salarial, supresión de partidas, liquidación, entre otras, el conocimiento del caso corresponde por regla general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto implica un trato igualitario hacia los servidores públicos respecto de los empleados sujetos al Código del Trabajo o a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues previamente, la Corte ha determinado que, por regla general, los conflictos laborales entre empleados y empleadores (sean estos de empresas públicas²⁹ o privadas³⁰) corresponden a la jurisdicción ordinaria”. Que la obligatoriedad del fallo obliga a que el Juez lo aplique de conformidad con el Art. 436 numeral 6 de la Constitución, puesto que encaja el caso en los presupuestos de la sentencia invocada y de esta manera al tener efectos erga omnes con efectos de fuente formal del derecho y con control constitucional sobre su situación respecto del acatamiento de los precedentes. El suscrito, en la especie ha identificado un problema de constitucionalidad a efectos de evitar una situación injusta en materia de garantía de derechos, a más de esto, ha dicho la Corte Constitucional que la inobservancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es una violación al debido proceso. Por lo antes expuesto y sin más consideraciones, el Tribunal de la Sala Unica Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, por mandato de la Constitución. **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, acepta

8021

el recurso de apelación interpuesto por los accionados revoca en su integridad la sentencia subida en grado, y con la motivación ut supra, se declara sin lugar la pretensión de la demandante. Se deja a salvo los derechos de la accionante. Remítase copia de este fallo a la Corte Constitucional, para los fines de Ley.- NOTIFIQUESE. f) **ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE JUEZ(PONENTE), GUILLEN OSCAR MEDARDO JUEZ, PEÑAFIEL CONTRERAS NELSON EUCLIDES JUEZ.- CERTIFICO.-** Siento como tal que la sentencia que antecede dictada en la presente causa es fiel copia de su original y se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley. Azogues, 23 de Abril del 2024.


Dra. Luisa Maritza Medina Villarreal
SECRETARIA RELATORA



